



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

CARLOS MARCELO MACHADO GOMES

**MEDIAÇÃO E SUA CONSAGRAÇÃO DEMOCRÁTICA PARA
A PACIFICAÇÃO SOCIAL DOS CONFLITOS**

Brasília

2009

CARLOS MARCELO MACHADO GOMES

**MEDIAÇÃO E SUA CONSAGRAÇÃO DEMOCRÁTICA PARA
A PACIFICAÇÃO SOCIAL DOS CONFLITOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Adriana Beltrame

Brasília

2009

A minha mulher e minha filha que, nos momentos difíceis desta empreitada, se dedicaram constantemente a me apoiar e a me incentivar para alcançar este sonho que ora se realiza.

Aos meus pais, *in memoriam*, sempre presentes em meus pensamentos, dando-me forças para vencer as barreiras e os obstáculos da vida, pois nunca é tarde para se realizar um sonho.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima, que em todos os momentos da minha vida estão presentes.

À professora Adriana Beltrame, minha orientadora, pela compreensão e pelo incentivo nesses dois semestres de convivência para a conclusão deste trabalho de monografia.

A todos que contribuíram direta ou indiretamente para iniciar e terminar o curso de direito, incentivando-me por vários meios e de várias maneiras, os quais foram importantes para alcançar esta vitória.

RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho de monografia será consubstanciado na utilização do instituto da mediação, um mecanismo alternativo da autocomposição, na solução de conflitos entre as pessoas. Em virtude do procedimento da mediação ser estruturado nos seus princípios, no diálogo, na celeridade, na economicidade, em que as partes buscam sempre o consenso, com a ajuda de um terceiro imparcial denominado mediador, será possível demonstrar que os litígios podem, definitivamente, ser encerrados com harmonia e paz social em relação ao futuro, não objetivando somente que sejam resolvidos no presente. Nesse sentido, o relato feito a outros mecanismos da autocomposição, bem como aos mecanismos da heterocomposição, principalmente a jurisdição estatal, será de suma importância para que seja percebida a tendência de a mediação ser largamente utilizada na solução de conflitos, tornando-se referência em relação ao acesso à justiça, em especial para as pessoas com menos recursos financeiros.

Palavras-chaves: acesso à justiça; conflitos; mediação; mediador; solução de conflitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O ACESSO À JUSTIÇA.....	9
1.1 Os conflitos nas relações sociais	9
1.2 A evolução do conceito de acesso à justiça	11
1.3 A crise da tutela jurisdicional do Estado.....	13
1.4 Autotutela e heterocomposição	16
2 A AUTOCOMPOSIÇÃO	21
2.1 A autocomposição e suas espécies	21
2.2 A autocomposição e seus mecanismos alternativos	23
2.3 As experiências sobre a autocomposição	27
3 A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO ALTERNATIVO DEMOCRÁTICO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL	32
3.1 Conceitos.....	32
3.2 O papel do mediador	36
3.3 As características e métodos do mediador	39
3.4 Procedimentos e etapas do processo da mediação.....	42
3.5 Vantagens e desvantagens da mediação frente a outros meios de solução de conflitos	45
3.6 Experiências e áreas de atuação da mediação no Brasil.....	49
3.7 O advogado e a cultura da mediação.....	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O objeto desse trabalho situa-se na importância da mediação como um dos mecanismos da autocomposição para a solução de conflitos, na sua consagração democrática para a pacificação social como meio de acesso à justiça e, especialmente, na sua contribuição para alterar o quadro atual sobre o conceito desse acesso.

Procurou-se expor nesta monografia uma reflexão sobre os conflitos nas relações sociais e sobre os obstáculos que dificultam o acesso à justiça, os quais, concomitantemente com as ineficiências da prestação jurisdicional pelo Estado, são responsáveis pela falta de credibilidade na efetividade dos processos judiciais.

As doutrinas e textos pesquisados acerca do tema em questão produziram inúmeras informações que paulatinamente foram convergindo para uma abordagem delimitada dos aspectos conceituais sobre a autocomposição e os mecanismos utilizados para obtê-la, destacando-se o procedimento da mediação, com os seus princípios, as vantagens e desvantagens acerca da utilização desse procedimento em relação ao poder judiciário, bem como as experiências desse instituto no Brasil e a importância da atuação do mediador como o terceiro imparcial entre as partes envolvidas no conflito.

Também importante se fez demonstrar a visão do advogado em relação à cultura da mediação, a falta de incentivo acadêmico para o aprendizado sobre esse tema, bem como a necessidade de propor uma educação para uma área de futuro promissor no Brasil.

Desse modo, tem-se uma noção sintetizada acerca da função da mediação, ou seja, que ela vem sendo utilizada em diversos contextos de relações conflituosas, nos quais podem ser percebidas suas peculiaridades perante outros institutos e que ela se reafirma como

uma referência para o acesso à justiça na resolução de controvérsias, principalmente quanto as suas perspectivas de inclusão social e de poder colaborar com as transformações sociais, políticas e econômicas que estão acontecendo no Brasil.

Assim, no primeiro capítulo, pretendeu-se expor a evolução dos conflitos no contexto social, suas implicações dentro do relacionamento humano, que provocam a necessidade do acesso à justiça em busca de solução, deparando-se com a crise da jurisdição estatal em tutelar as pessoas que a procurem e, encerrando, possibilitar a identificação dos meios de solução de conflitos, como formas de resolução de controvérsias utilizadas em nossa sociedade.

No segundo capítulo, desenvolve-se estudo sobre o entendimento dos mecanismos da autocomposição, demonstrando que sua virtude primordial na solução dos conflitos encontra-se no consenso entre as partes, objetivando resolvê-los da melhor forma possível, com posições importantes dos doutrinadores pesquisados sobre o assunto. Ressalta-se que a solução dos conflitos pode ocorrer diretamente entre as partes envolvidas pela negociação, por meio de um terceiro imparcial denominado conciliador, na conciliação, ou pelo diálogo entre as partes, em que essas, com a ajuda de um terceiro imparcial denominado mediador, objetivam o maior grau de satisfação com vistas à pacificação social, que é a mediação.

Nesse capítulo também serão demonstradas as experiências estrangeiras acerca da contribuição da autocomposição, as quais comprovam a possibilidade de se obter um maior conhecimento de seus procedimentos e uma noção sobre o efetivo acesso à justiça para as pessoas em vários países do mundo.

Por fim, o terceiro e último capítulo é dedicado a enfrentar o tema proposto neste trabalho, ou seja, a possibilidade do instituto da mediação ser um mecanismo alternativo democrático para a pacificação social, analisando seu conceito, suas características, seus princípios e os procedimentos adotados para sua utilização. Também, é analisado o papel do mediador, sua relevância como um terceiro imparcial entre as partes do conflito, as relações da mediação com o poder judiciário e outros mecanismos alternativos, as experiências praticadas no Brasil sobre a mediação e, fechando o capítulo, discute-se a visão do advogado quanto ao procedimento desse instituto alternativo de solução de conflitos.

1 O ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Os conflitos nas relações sociais

A palavra conflito, quando vista externamente, traduz, na maioria das vezes, discórdia, desavença, luta, combate, guerra, produzindo um estado de tensão entre duas ou mais pessoas que tentam impor-se em prol de seus interesses. Ela pode ser vista também como um conflito interno, isto é, a busca do eu que existe dentro de cada pessoa.¹

Os conflitos são intrínsecos aos relacionamentos entre as pessoas em comunidade. Nas sociedades primitivas, apesar de suas necessidades serem escassas, a existência dos conflitos proporcionava uma conjuntura de atritos entre os grupos, formando um cenário de batalhas, do vencedor e do vencido, “onde o desforço físico era mais importante, pois defendiam as suas sobrevivências e os seus interesses”.²

No desenvolvimento da história da humanidade, as guerras entre os povos resultavam no domínio das nações mais poderosas sobre as mais fracas, prevalecendo a idéia de que os conflitos eram necessários para que fossem ampliadas as áreas conquistadas com o intuito de impor novas culturas, novos hábitos, novas religiões, novas leis, enfim, um novo modo de viver aos povos dominados, com o objetivo de obter a paz social.

Mesmo assim, nessas sociedades existia convivência humana, em que as pessoas limitavam sua liberdade em respeito à liberdade do próximo, embora a origem do

¹SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 17.

²SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 42.

relacionamento entre as pessoas não tenha sido natural e que tenha existido um estado de anarquia anterior que, ao longo da evolução cultural da sociedade, com teorias e tratados feitos por vários pensadores, contribuíram para melhor conhecimento acerca da tendência da formação social ordenada e pacífica.³

Felizmente, essa história de desenvolvimento do homem em sociedade demonstrou que, com a evolução social, econômica e dos direitos individuais, quando os conflitos chegam a limites intoleráveis, diferentemente dos animais irracionais, que agem por instintos, os seres humanos, como animais racionais, procuram lograr esforços para encontrar formas de enfrentar os problemas e solucioná-los, não de uma forma subjugada, mas com a interação e luta de todos em prol do equilíbrio necessário para uma boa convivência dentro do contexto social.⁴

Na visão de Aristóteles, o homem como animal político é o único que tem o senso do bom e do mau, do justo e do injusto, e esta comunhão das noções em comum constitui a família e o Estado.⁵

Nessa linha, inserem-se os ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa:

Onde quer tenha existido ou exista um ser humano, se encontra conflito. Um estado de guerra que leva em seu bojo o germe da paz. Esse germe levou o homem a observar o conflito e buscar maneiras de evitá-lo, contorná-lo e resolvê-lo. Uma das maneiras mais conhecida e desenvolvida pela humanidade é o Direito.⁶

³CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

⁴SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 64.

⁵MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 57.

⁶SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 24.

Desse modo, o homem como ser social procura viver em harmonia e quando acontecem atritos nos relacionamentos humanos, tende a buscar as soluções de seus conflitos por meio do acesso à justiça – pela tutela jurisdicional – ou por outros meios alternativos.

1.2 A evolução do conceito de acesso à justiça

Os direitos dos indivíduos para obter o acesso à justiça passaram por grandes transformações até serem reconhecido pelo Estado. A diferença da situação econômica existente entre as pessoas na sociedade de cada época foi um grande entrave para que seus problemas fossem solucionados.

Só depois de muito tempo, o acesso efetivo à justiça tornou-se igualitário, permitindo o reconhecimento dos direitos de cada cidadão.

Como pode ser observado nas palavras de Mauro Cappelletti:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁷

Ainda segundo as considerações de Mauro Cappelletti, nos séculos XVIII e XIX, no auge da burguesia no Estado liberal, principalmente na França, o individualismo quanto aos direitos das pessoas era muito acentuado na resolução de conflitos, pois o direito de propor uma ação ou contestá-la era apenas formal. “O acesso à justiça era considerado

⁷CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 8.

como direito natural, não necessitando da proteção do Estado, sendo que este ficava na posição de observar se aquele direito seria violado ou não”.⁸

A política liberal francesa do *laissez faire, laissez passer* não se preocupava se as pessoas tinham ou não condições de arcar com os custos dos processos para solucionar os seus conflitos, ficando à deriva da sorte aqueles que não tinham condições financeiras. O formalismo existente não proporcionava a igualdade e a efetividade do acesso à justiça.⁹

Na evolução da humanidade, os indivíduos conviveram com direitos naturais que nem sempre tinham proteção de seus interesses. De acordo com Zoraide Amaral de Souza, “não havia empenho do Estado para proteger estes direitos, o que levava os particulares a agir quando os seus direitos eram violados pelo próprio Estado (com direitos de resistência)”.¹⁰

Outrossim os direitos humanos foram evoluindo e começaram a fazer parte dos textos constitucionais, ou seja, passaram a ser positivados, constantes das cartas magnas dos Estados, as quais foram se aperfeiçoando durante os períodos de transformações sociais, culturais e econômicas que varreram grande parte dos países da Europa e os Estados Unidos da América.¹¹

No Brasil, o acesso à justiça é um direito garantido pela Constituição Federal, no art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo o entendimento de Mauro Cappelletti:

⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 9.

⁹Ibidem, pp. 9-10.

¹⁰SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 27.

¹¹Ibidem, p. 27.

O Poder Judiciário proclama a todos, como um dos seus principais objetivos, dar garantia a todo cidadão que busca a proteção do Estado, isto é, este procurará solucionar os conflitos daqueles que necessitem avocar o aparato da tutela jurisdicional do Estado, objetivando a harmonia e a paz social.¹²

1.3 A crise da tutela jurisdicional do Estado

Mas o sistema jurisdicional do Estado, entretanto, com o passar do tempo, conforme os dizeres de Lília Maia de Moraes Sales, tem proporcionado pesadelos aos cidadãos pela demora em julgar os processos, pelos altos custos processuais e por suas decisões judiciais, que, na maioria das vezes, não compactuam com a realidade dos litigantes, produzindo conseqüências irreparáveis.¹³

Nas palavras de Petrônio Calmon, as pessoas utilizam o processo para chegar à jurisdição estatal, visto que é o meio “pelo qual a jurisdição atinge sua finalidade de pacificação social e ao mesmo tempo a garantia do indivíduo de que sua esfera de bens e direitos não será atingida arbitrariamente”.¹⁴

Ressalte-se que, segundo José Luís Bolzan de Moraes:

O processo possui caminhos definidos pelas técnicas processuais, cujas finalidades são de ordenar os meios destinados a regularem soluções capazes de alcançar os seus objetivos, facilitando o ingresso das pessoas na justiça com a simplificação dos procedimentos. São vistas como elementos condutores do processo, tornando-o instrumento eficaz na busca do acesso à justiça, sendo considerado como mecanismo de resolução de conflitos.¹⁵

Todavia, consoante às palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Para que seja alcançada essa eficácia, faz-se necessária a adequação desse processo, que seja de fato um instrumento efetivo para o acesso à justiça,

¹²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 15.

¹³SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp.61-62.

¹⁴CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

¹⁵MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 80-81.

para que alcance o resultado almejado, pois o que se vê são grandes manobras protelatórias, embaraçosas, criando obstáculos e insatisfações, abalando a credibilidade da tutela jurisdicional, visto que não acreditam que os problemas possam ser resolvidos.¹⁶

Tais obstáculos impedem a efetiva prestação jurisdicional, não correspondendo como meio de solução pacífica dos conflitos, contribuindo também para a inadequação do processo à nova mentalidade de comportamento da sociedade para os dias de hoje, não sendo produzidos resultados satisfatórios e nem sendo protegidos os direitos das pessoas de exercerem sua cidadania.¹⁷

Segundo o posicionamento José Luís Bolzan de Moraes, a crise do Estado-Juiz pode ser vista sob vários prismas, isto é, “tanto pela sua estrutura que inclui os altos custos, uma linguagem técnica-formal, a burocratização, a demora dos atos processuais, o acúmulo de demandas judiciais, quanto pela incapacidade dos operadores jurídicos de lidarem com essa nova mentalidade da realidade do mundo social e político”. Também, pelo pragmatismo existente na utilização do direito do Estado, do direito social, dos costumes ou da equidade.¹⁸

Na visão de Lília Maia de Moraes Sales, quem mais sofre com essa situação “são as pessoas que não possuem recursos para arcar com bons advogados, não têm condições de perceber os reais problemas que as cercam, vivendo a mercê da justiça gratuita ou do advogado *ad hoc*”.¹⁹

¹⁶¹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

¹⁷MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 82-83.

¹⁸Ibidem, p. 100.

¹⁹SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 65.

Na verdade, afirma Mauro Cappelletti, há uma utopia, quanto à efetividade da jurisdição do Estado, pois as barreiras são imensas, principalmente para quem precisa de sua proteção. As pessoas que possuem recursos financeiros consideráveis obtêm tratamentos diferenciados quando procuram a Justiça em busca de seus direitos ameaçados ou lesados, sendo isto possível a poucos.²⁰

Apesar de hoje existir no nosso ordenamento jurídico os juizados especiais, criado pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, “a qual se caracteriza pela predominância dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, concentrando-se na conciliação ou transação”²¹ e demonstrando o interesse do Estado em enfrentar os problemas, as dificuldades criadas para as pequenas causas e para autores individuais, sobretudo para os mais pobres, são imensamente grandes.²²

A garantia dos direitos individuais dos cidadãos no regime democrático de direito deve servir de base para a atuação do poder judiciário na proteção da cidadania plena, não lhes proibindo, não lhes sonegando o direito de encontrar soluções alternativas para os problemas que os afetam.²³

Portanto, diante desse contexto, segundo o pensamento de Lília Maia de Moraes Sales, e em razão da complexidade dos problemas existentes, contrariando os conservadores que não concebem outros meios de solução de conflitos, a não ser pelo modelo tradicional, isto é, o próprio judiciário, as pessoas procuram os mecanismos alternativos da

²⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 21.

²¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 375.

²²CAPPELLETTI, op. cit., p. 28.

²³SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 77.

autocomposição, “que são mais econômicos, livres, céleres e próximos de suas realidades, tendo por escopo decisões corretas, que irão solucionar os seus problemas, pondo fim de fato ao conflito, a disputa e não somente ao processo”.²⁴

1.4 Autotutela e heterocomposição

Os meios de solução de conflitos são a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. É relevante que se aborde os conceitos e as características dos dois primeiros meios para entender o movimento em favor da utilização da autocomposição e sua contribuição para a democratização do acesso efetivo à justiça, em especial o instituto da mediação, sem a pretensão de suprimir o modelo tradicional do processo jurídico.²⁵

A autotutela é um meio de solução de conflitos com origem na época primitiva da humanidade, em que, nos atritos entre os indivíduos, o mais forte, egoisticamente, obtinha mais sucesso. De acordo com José Eduardo Carreira Alvim “nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse denominado bem de vida e encontrasse obstáculos à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem. Imperava a lei do mais forte”²⁶.

Para Petrônio Calmon, a autotutela ou autoconformação se traduzia na obrigação de sacrifício de uma parte sobre o interesse da outra. “A imposição da pretensão de uma parte sobre a outra, ou seja, utilizando-se da força moral, física, econômica, da perspicácia ou esperteza para convencer a outra parte do direito existente, tornando-se assim sua principal característica”. Na sociedade hodierna não é usual a prática desse tipo de

²⁴SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 35.

²⁵OLIVEIRA, Ricardo Vicente Corrêa. Professor de direito arbitral. UniCEUB. Aula ministrada no dia 10 de fevereiro de 2009.

²⁶ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 13.

solução de conflito, pois, a interatividade social que existe entre os indivíduos não permite que se faça justiça pelas próprias mãos, pela imposição da vontade, da força de uma parte sobre a outra. Com utilização esporádica, ela pode ser vista no ordenamento jurídico brasileiro, como ocorre no direito penal, civil, executivo e do trabalho, bem como em determinadas situações nas relações internacionais.²⁷

O meio de solução de conflitos da heterocomposição tem como mecanismos a arbitragem, extraordinário, e a jurisdição estatal, ordinário. A arbitragem é um dos mecanismos de solução de conflitos mais antigo que existe e teve o seu verdadeiro início em Roma que, durante a evolução do direito romano, sempre permitiu que os árbitros convencionados pelas partes envolvidas nos conflitos decidissem sobre as suas controvérsias, sendo mantida distância da influência do Estado. Nos dizeres de José Eduardo Carreira Alvim, nesse período, “vigeram em Roma, duas modalidades de arbitragem: a arbitragem facultativa, contratualmente estabelecida pelos litigantes, ao largo da atividade judicial, *de receptis*; e a arbitragem necessária (obrigatória), típica do período da *ordo iudiciorum privatorum*, que vigorou até a extinção do sistema formulário da *cognitio extraordinária*”.²⁸

Também, enfatizando a antiguidade da arbitragem, Juan Luis Colaiácovo constata que “ela é um procedimento que, ao longo da história, evidenciou-se com os atritos surgidos entre os indivíduos da comunidade, os quais buscavam a participação de um terceiro para a solução desses atritos, onde as decisões eram acatadas pelas partes envolvidas”. Ainda ressalta que, nos regimes monárquicos e durante a era feudal, a prática da arbitragem já se fazia evidente, em que o rei e os senhores feudais eram verdadeiros árbitros e, com o advento

²⁷CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

²⁸ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, pp. 1-23.

do Estado Moderno, os juízes passaram a exercer a função de arbitral. Na sociedade contemporânea, a arbitragem é regida por lei, tendo uma forma definida para o seu procedimento.²⁹

O instituto da arbitragem é muito importante dentro do contexto da solução de conflitos como um mecanismo alternativo heterocompositivo, tendo como particularidade a participação do árbitro, um terceiro imparcial eleito pelas próprias partes envolvidas no conflito, sendo que o poder de decisão não pertence às partes, mas sim, ao árbitro, que a exercerá com autoridade, naquele caso convencionado, com a mesma eficácia de uma sentença judicial. A arbitragem é considerada uma atividade privada.³⁰

No direito pátrio, o legislador criou a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, na qual determinou em seu art. 1º “que as pessoas capazes de contratar poderiam valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, determinando também no seu art. 3º³¹ a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, os quais formam a convenção de arbitragem. Ao árbitro, a lei atribui a função de proferir a decisão com soberania, bem como a obrigatoriedade para o cumprimento dessa decisão, não necessitando de homologação judicial, e para a sentença arbitral não será possível interpor recursos. Somente havendo vícios no acordo realizado, a sentença arbitral poderá ser considerada nula pelo judiciário. Por fim, de acordo com Lilia Maia de Moraes Sales, “o

²⁹COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99.

³⁰ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 24.

³¹Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

consenso, o sigilo, a solução clara, os conhecimentos do árbitro e a celeridade do julgamento são características preponderantes da arbitragem”³².

Sobre a arbitragem, é relevante destacar as considerações de José Maria Rossani Garcez:

A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas resultantes de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.³³

O outro mecanismo da heterocomposição parte do Estado por meio da forma jurisdicional, que tem como argumento a proteção e a garantia dos direitos e deveres dos cidadãos com o intuito de obter a paz social. Aqui o terceiro é um juiz togado que prolata uma sentença pondo fim ao processo e não ao litígio. Esse juiz é o representante do Estado, que utiliza as leis processuais para fazer o julgamento das lides, decisão esta que pode durar uma eternidade em virtude dos recursos existentes. A grande vantagem da tutela jurisdicional está na possibilidade da maior segurança jurídica às partes na busca do direito, que é um fator preponderante para quem avoca a proteção do Estado.³⁴

É importante ressaltar que os mecanismos da heterocomposição, segundo Petrônio Calmon:

Solucionam o conflito sem a presença de harmonia e paz, e, às vezes, pairam dúvidas se a sentença produziu a justiça social, pois independe das partes a

³²SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 42.

³³GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 67.

³⁴SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 17.

decisão proferida pelo juiz, bem como do juiz arbitral, enquanto que na autocomposição existe a busca da solução pelo consenso das próprias partes compreendidas no conflito, visando à pacificação social e pondo fim definitivamente ao conflito.³⁵

Por fim, corroborando com a idéia de que a autocomposição é um meio importante na solução de conflitos, torna-se interessante salientar o entendimento de Dora Fried Schnitman:

As novas metodologias para a resolução alternativa de conflitos oferecem novas opções não-litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturadas para capacitar as pessoas a aprenderem a aprender, permitindo-lhes um escrutínio tanto das diferenças como das convergências.³⁶

Por tudo relatado, observa-se que autotutela somente é praticada em situações raríssimas, enquanto os outros meios de solução de conflitos, heterocomposição e autocomposição, possuem relevâncias e se encontram à disposição dos indivíduos para a resolução dos seus problemas. A diferença fundamental é que na heterocomposição existe a imposição da decisão pelo terceiro imparcial, ditada pelo juiz ou pelo árbitro, enquanto na autocomposição o poder de decisão está relacionado diretamente com a vontade e a disposição das partes em resolverem seus conflitos, sendo elas mesmas capazes de decidir.

³⁵CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 25-35.

³⁶SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 18.

2 A AUTOCOMPOSIÇÃO

2.1 A autocomposição e suas espécies

O instituto da autocomposição surgiu e é estudado em vários países como uma alternativa para a resolução de litígios, em que o consenso entre as partes é o princípio basilar que norteia a solução de conflitos, com vistas à pacificação social dos indivíduos. Segundo Petrônio Calmon, “a autocomposição é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz”.³⁷

Nos dizeres de Juan Luis Colaiácovo, “há um movimento a favor de mecanismos alternativos que surgem da necessidade da participação e intervenção do cidadão por meio do consenso e do diálogo na solução de seus conflitos, haja vista a falta de interesse pela jurisdição do Estado na solução de seus problemas”.³⁸

No mesmo sentido, José Maria Rossani Garcez esclarece que:

A autocomposição é um novo tipo de cultura na solução de litígios, que surge para se opor ao conservadorismo da jurisdição estatal, cuja discussão sobre as questões conflituosas é conduzida para uma negociação pacífica e harmoniosa e que a cooperação entre as partes é preponderante para o sucesso dessa nova cultura na solução de conflitos.³⁹

³⁷CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6.

³⁸COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

³⁹GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 1.

De acordo com Petrônio Calmon⁴⁰, a renúncia, a transação e a submissão são características importantes da autocomposição. A realização do seu procedimento não exige o momento certo para ocorrer:

[...] podendo ser durante o próprio processo, chamada de endoprocessual, ou fora do processo, isto é, extraprocessual, sendo que esta se divide em três fases, ou seja, ocorrendo antes de começar o processo, na proximidade do início processo e quando ocorre fora, mas já com o processo incrementado, onde haverá a homologação judicial, após ser juntada aos autos.

E ainda de acordo com o autor, “a natureza jurídica da autocomposição possui os mesmos requisitos de um negócio jurídico, isto é, objeto lícito, possível, certo, determinado e de forma prevista e não defeso em lei, sendo utilizada somente para os bens indisponíveis”. O Código Civil brasileiro atual estabelece o objeto da autocomposição no seu art. 841: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

Complementando, é importante salientar que, na autocomposição, de acordo com os ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa, “os seus mecanismos não objetivam o perde/ganha da litigação comum. Não se busca a conquista e nem a vitória de uma das partes, mas o consenso obtido pelas partes, a composição de seus conflitos”.⁴¹

O instituto da autocomposição se apresenta como um movimento cultural e participativo da população que desafia o seu estudo em vários países sob diferentes denominações. Conforme elucida Petrônio Calmon, nos Estados Unidos da América se utiliza a expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR), na Argentina e demais países da América Latina, a expressão *Resoluciones Alternativas de Disputas* (RAD), na França usa-se a

⁴⁰CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 53-58.

⁴¹SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 89.

expressão *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* (MARC), e no Brasil, utiliza-se a expressão Meios Alternativos de Solução de Conflitos.⁴²

Por fim, convém salientar que o meio de solução de conflitos da autocomposição tem como princípio basilar a voluntariedade e a liberdade das partes em lograrem esforços no sentido de resolver suas controvérsias, transformando-se em uma opção válida para aqueles que almejam “uma justiça rápida, confiável, econômica e ajustada às mudanças sociais, tecnológicas e sociais em curso”.⁴³

2.2 A autocomposição e seus mecanismos alternativos

Os mecanismos da autocomposição são a negociação, a conciliação e a mediação. De acordo com as palavras de José Maria Rossani Garcez, “nas novas formulações negociadas há uma combinação de vasto arsenal de meios psicológicos, indutivos e persuasivos e novas formulações jurídicas utilizando a criatividade e a combinação de métodos não adversariais”.⁴⁴

Nesse mesmo sentido, complementam-se os ensinamentos de Dora Fried Schinitman:

As metodologias para a resolução alternativa de conflitos facilitam a definição e a administração responsável – por indivíduos, organizações e comunidades – dos próprios conflitos, e o caminho para as soluções. A mediação e outras metodologias podem facilitar o diálogo e prover destrezas para a resolução de situações conflitivas. No curso do processo resultante, os sujeitos comprometidos têm a possibilidade de adquirir as habilidades necessárias para resolver por si mesmos as diferenças que podem, eventualmente, ser suscitadas no futuro com seus pares, familiares e colaboradores, ou em sua comunidade.⁴⁵

⁴²CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 85.

⁴³COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

⁴⁴GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 1.

⁴⁵SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 17.

A negociação tem a vontade das partes como fundamental para que haja a solução de seus conflitos, o diálogo e a liberdade de transacionar formam suas principais características. Para Maria de Nazareth Serpa, a negociação é uma forma básica na solução de conflitos, na qual as partes, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, utilizam argumentos e habilidades, procurando solucionar a disputa ou programar a transação por meio de concessões recíprocas.⁴⁶

Enriquecendo mais a compreensão sobre o instituto da negociação, destacam-se os ensinamentos de Fischer, Ury e Patton: “na negociação as pessoas mantêm a postura de barganhar os seus interesses até chegarem a um acordo ou não concluírem esse acordo”. Observam os autores que esta barganha posicional pode ser praticada de uma maneira afável ou áspera entre as partes. Estabelecem, ainda, outro método de negociação denominada “negociação baseada em princípios”, que se baseia em quatro pontos: “separe as pessoas do problema; concentre-se nos interesses, não nas posições; crie uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer; e insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo”, podendo ser usado em qualquer situação.⁴⁷

É relevante realçar que a negociação pode ser feita livre e diretamente entre as partes envolvidas e que pode ser feita também com a presença de um terceiro, como na conciliação e na mediação.

Outro mecanismo da autocomposição é a conciliação e, segundo as palavras de Petrônio Calmon, tem sua realização definida no âmbito judicial, chamada processual, ou

⁴⁶SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, pp. 89-90.

⁴⁷FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, pp. 21-28.

quando é levada a juízo para sua homologação, chamada de extrajudicial, podendo ocorrer em qualquer momento do conflito. A conciliação não é um julgamento, mas uma atividade para incentivar, auxiliar, facilitar por meio do conciliador para que as partes cheguem a um acordo, evitando que o juiz decida sobre o litígio entre elas. Para o autor, a conciliação é um meio para se chegar à autocomposição, terminando o conflito com pacificação social.⁴⁸

Para José Maria Rossani Garcez:

No Brasil a expressão conciliação⁴⁹ tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.⁵⁰

Nas palavras de Zoraide Amaral de Souza:

O conciliador é um terceiro imparcial que age como interlocutor entre as partes, o qual manifesta seu posicionamento sobre a solução justa, sugerindo e opinando sobre os termos do acordo. Ressalta também que em várias situações a conciliação pode ser comparada à mediação, só que com uma grande diferença, ou seja, o conciliador é menos ativo que o mediador, já que este não propõe nada sobre o acordo.⁵¹

⁴⁸CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 141-147.

⁴⁹NOTA DO AUTOR DA MONOGRAFIA: Na Justiça do Trabalho no Brasil existem várias inovações quanto ao uso do mecanismo da conciliação, pois evita o desgaste do processo e traz economia de tempo e dinheiro para as partes envolvidas, bem como auxilia na diminuição de processos e de recursos junto aos tribunais. No âmbito das empresas e sindicatos tem-se a Lei nº 9.958/00, relativa à Comissão de Conciliação Prévia, utilizada antes de iniciar-se o processo judicial. O Art. 625-A, CLT, assim estabelece, “As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

⁵⁰GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 49.

⁵¹SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, pp. 58-59. ⁵²SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 39.

Por último, tem-se o mecanismo da mediação, tema deste trabalho, que difere dos outros mecanismos da autocomposição porque seu objetivo é criar vínculo entre as partes por meio da comunicação, utilizando como intermediário o mediador, no qual as partes, que não são adversárias, livremente irão decidir sobre os seus conflitos.

Exemplificando melhor essa diferenciação, têm-se os dizeres de Lília Maia de Moraes Sales: “A conciliação busca um acordo entre as partes. A mediação demanda a resolução do conflito através da construção da solução pelas partes, criando vínculos entre elas, prevenindo novos conflitos, possibilitando a convivência harmônica”.⁵²

Segundo o posicionamento de Petrônio Calmon, o mediador “é um terceiro imparcial que incentiva, auxilia, facilita o debate entre as partes, sobre os problemas que as afligem, na busca de uma solução que será resolvida livremente entre elas e que possa prevenir futuros conflitos, não sendo um simples coadjuvante passivo”.⁵³

O campo de aplicação da mediação é vasto, sendo empregada como técnica em impasses políticos e étnicos, nacionais ou internacionais, em questões trabalhistas e comerciais, locais ou de mercados comuns, na escola, nas empresas e nos conflitos familiares.⁵⁴

Pode-se afirmar, portanto, que a utilização dos mecanismos da autocomposição proporciona a resolução dos conflitos de maneira célere, econômica, pondo fim de fato aos litígios. Ocorre através da negociação realizada diretamente entre as partes, da conciliação, por meio de um terceiro imparcial denominado conciliador, ou pela mediação, na

⁵²SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 39.

⁵³CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

⁵⁴MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **MESC: uma visão geral de conceitos e aplicações práticas**. Brasília: CBMAE, 2003, p. 29.

qual o mediador, um terceiro imparcial, auxilia o diálogo entre as partes em busca do consenso, atingindo o maior grau de satisfação possível na solução dos conflitos. Esses mecanismos da autocomposição contribuem para um efetivo acesso à justiça, para a pacificação social e para a construção de uma sociedade justa e democrática.

2.3 As experiências sobre a autocomposição

Pode ser constatada a utilização da autocomposição em várias culturas. Sua prática ocorre em diversos povos no mundo e, no decorrer da evolução da convivência humana em sociedade, paralelamente, foi aumentando e se desenvolvendo cada vez mais. No Japão, sua prática é tão importante que, se não for utilizada antes de se buscar o caminho da justiça, os atores do conflito serão menosprezados pela comunidade. Na China, onde existem as Comissões Populares de Conciliação, a realização da autocomposição é exercida com grande intensidade pela comunidade. Enfim, a autocomposição pode ser vista em solução de conflitos na África, na Jordânia, na Oceania, na América Latina, na Austrália, na Europa, na América do Norte, na América do Sul, ou seja, onde houver disputas entre os seres humanos, existe a tendência de uma busca da pacificação social para os litígios.⁵⁵

Nos Estados Unidos, segundo Maria de Nazareth Serpa, os meios alternativos possuem grande parcela de contribuição para a institucionalização definitiva da autocomposição. Sua cultura liberal e progressista e sua origem histórica favoreceram o interesse pela liberdade de negociação entre as partes litigantes, tornando-se um campo fértil para a implantação desse mecanismo na solução de conflitos, tendo nascido e experimentado

⁵⁵CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 173-174.

na nação norte-americana no início do século XX, sendo mais utilizadas e institucionalizadas suas formas nas últimas décadas.⁵⁶

O grande marco americano, quanto aos meios alternativos de solução de conflito, foi a criação nas décadas de 1970 e 1980 das ADR, que por meio dos próprios litigantes e pessoas, ausentes do mundo jurídico, com o intuito de combater os altos custos do judiciário, bem como o formalismo e os obstáculos existentes no judiciário, apresentaram, através de estudos, soluções alternativas para a resolução de controvérsias. São praticadas nas atividades privadas. Segundo Petrônio Calmon, os fatos ocorridos nos anos 1970 nos Estados Unidos marcaram “o início do que hoje se denomina ‘movimento das ADRs’, que pode ser qualificado, valendo-se da expressão muito utilizada por MAURO CAPPELLETTI, de uma das “ondas” renovadoras do processo”. Onda esta que se expandiu por todos os continentes.⁵⁷

Na sociedade norte-americana existe uma verdadeira cultura formada acerca dos meios alternativos de solução de conflitos para o acesso à justiça, na qual se percebeu a possibilidade de criar, pragmaticamente, mecanismos paralelos e independentes em relação ao poder judiciário.

De acordo com as considerações de Juan Luis Colaiácovo, a autocomposição não está bem desenvolvida na América Latina, entretanto, na Argentina foram realizadas experiências sobre a eficácia dessa nova postura para solução de conflitos, proporcionando uma base sólida para a criação da Lei n. 24.573, de 25 de outubro de 1995, “que instituiu a mediação prévia obrigatória, alterando o quadro do tradicional acesso à justiça

⁵⁶SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 65.

⁵⁷CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.176.

por meio do judiciário, através de ações oriundas do Poder Judiciário e do Poder Executivo na elaboração de programas que foram utilizadas em experiências acerca da mediação”.⁵⁸

Na comunidade européia utiliza-se a conciliação como antecedente da solução de conflitos pela tutela jurisdicional do Estado, sendo que determinados países praticam os mecanismos extrajudiciais e alguns países preferem utilizar a arbitragem ou outros meios de comunicação entre os procedimentos judiciais e extrajudiciais. Dentre esses países, a França foi o que mais institucionalizou ou deu autonomia à prática da autocomposição. Como explica Petrônio Calmon, os mecanismos da autocomposição utilizados nesse país são a mediação e a conciliação - embora sejam considerados os mesmos mecanismos - e são intensamente praticados pelos franceses na busca da solução de seus conflitos. Até 1949, era obrigatória a utilização da conciliação pré-processual; de 1949 a 1973, era optativa a utilização do mecanismo e, a partir de 1975, o código de processo civil francês determinou que o juiz deve incentivar as partes a promoverem a conciliação. Acrescenta que as entidades de maior importância que utilizam os mecanismos alternativos são o Centro de Arbitragem e Mediação de Paris e a Câmara de Comércio Internacional.⁵⁹

Observa-se o interesse dos outros países componentes da comunidade européia em implantarem modelos alternativos de resolução de controvérsias para os seus nacionais, influenciados pela experiência norte-americana e francesa sobre o assunto.

No Brasil, de acordo com as observações de Lilia Maia de Moraes Sales, os mecanismos alternativos da autocomposição são previstos pela Constituição Federal (CF/88),

⁵⁸COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 76-77.

⁵⁹CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 206-207.

pelo Código de Processo Civil (CPC), pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e por leis como a Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, sobre a Comissão de Conciliação Prévia⁶⁰, a Lei n. 9.307/1996, relativa à arbitragem. Quanto à mediação, existe o Projeto de Lei n. 4.827 de 1998, da Deputada Zulaiê Cobra, que cria a mediação paraprocessual. Tal legislação demonstra que os mecanismos alternativos são uma realidade dentro do contexto do acesso à justiça na sociedade brasileira.⁶¹

Ante o exposto, analisando as experiências acima citadas, percebe-se a tendência histórica da afirmação da autocomposição como meio de solução de conflitos de grande importância internacional para o acesso à justiça, fazendo com que os litígios, sejam eles na área cível, trabalhista, penal ou comercial, tenham a possibilidade de serem solucionados pelo consenso entre as partes com vistas a obter a pacificação social com a participação de todos.

Outrossim, em uma sociedade, em que a responsabilidade sobre as decisões e a liberdade de escolha do meio de solução de conflitos são fatores importantes para uma convivência pacífica dos seus indivíduos, a mediação, dentre os mecanismos da

⁶⁰ CLT: Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia. É importante destacar o posicionamento do STF acerca desse assunto, provocado por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade: “O Tribunal retomou julgamento de medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT. A CNTC impugna o inciso II do art. 852-B da CLT (introduzido pelo art. 1º da Lei 9.957/2000), que excluiu do procedimento sumaríssimo trabalhista a citação por edital, e dispositivos da Lei 9.958/2000, que altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia. Os referidos Partidos impugnam somente dispositivos desta última lei — v. Informativo 195. O Min. Sepúlveda Pertence, em voto-vista, relativamente ao art. 625-D da CLT (Lei 9.958/2000, art. 1º), que estabelece que qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, deferindo, em parte, a medida cautelar, para assegurar, com relação aos dissídios individuais do trabalho, o livre acesso ao Judiciário, independentemente de instauração ou da conclusão do procedimento perante a comissão de conciliação prévia, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Em seguida, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2160-MC/DF, Relator: Octávio Gallotti. Julgado em: 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm>>. Acesso em: 10 set. 2009.

⁶¹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 325-327.

autocomposição, aparece verdadeiramente como um instituto democrático eficiente na solução desses conflitos.

3 A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO ALTERNATIVO DEMOCRÁTICO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

3.1 Conceitos

Nas palavras de Zoraide Amaral de Souza, “a mediação é, na realidade, ato de intervenção de um terceiro em um negócio ou contrato que se realiza entre outras pessoas” e se destaca por ser um mecanismo mais democrático, célere e acessível por todos e, inegavelmente, encerrando o litígio, encerra o conflito social que existia. As partes terão como resultado o consenso, que lhes permitirá manter uma relação harmoniosa e pacífica após o desfecho da solução dos conflitos.⁶²

Karl A. Slaikeu acrescenta que “a mediação é o processo pelo qual uma terceira parte auxilia duas ou mais partes a alcançarem soluções próprias acerca de uma ou mais questões”⁶³. Já Petrônio Calmon a define como “um mecanismo não-adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que em forma de cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito”.⁶⁴

O que se observa no procedimento da mediação é que a participação de um terceiro imparcial e a liberdade das partes em negociarem são fatores preponderantes para a sua prática como referência entre os mecanismos da autocomposição.

⁶²SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, pp. 60-62.

⁶³SLAIKEU, Karl A. **No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 23.

⁶⁴CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.

O sucesso da mediação na obtenção da pacificação social dos conflitos resulta, segundo os enfoques de Angela Hara Buonomo Mendonça:

[...] da faculdade proporcionada às partes para concluírem livremente a solução dos seus conflitos, a confidencialidade existente durante o seu procedimento, o poder das partes em decidirem sobre o resultado e a participação de um terceiro imparcial que facilita, incentiva, auxilia e motiva as partes na construção do acordo mutuamente satisfatório.⁶⁵

Segundo entendimento de Petrônio Calmon, a participação desse terceiro imparcial na mediação pode se dar informal ou formalmente. Informalmente, sem um método definido, estruturado, ocorre no âmbito doméstico, no dia a dia, na divergência entre amigos, entre parentes, com assuntos afetos às comunidades, à religião, em que o bom senso é fundamental para que as partes encontrem a solução de seus conflitos⁶⁶. Formalmente, não tem a mediação uma forma rígida:

A mediação não possui formas rígidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Por isso se qualifica como um mecanismo. Suas principais características são a cooperação, a autocomposição, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia.⁶⁷

De acordo com os ensinamentos de Lilia Maia de Moraes Sales, na mediação, mesmo não havendo uniformidade, podem ser percebidos, apesar da dificuldade de serem alcançados alguns objetivos, tais como, a solução de conflitos por meio do diálogo, da comunicação e da participação dos indivíduos no seu procedimento; a prevenção de conflitos em que a posição do mediador é fundamental, pois ele aprofundará a análise do problema exposto, objetivando a solução real do conflito, não a aparente, a fim de que não retem seqüelas para depois, como se dá no âmbito da área judicial; a inclusão social na qual se busca

⁶⁵MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **MESC: uma visão geral de conceitos e aplicações práticas**. Brasília: CBMAE, 2003, p. 30.

⁶⁶CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 119-120.

⁶⁷Ibidem, p. 121.

o sentimento de cada indivíduo na questão conflitante através da comunicação, no contexto de sua responsabilidade civil, na sua consciência relativa aos seus direitos e deveres e na efetivação do controle sobre os problemas vivenciados; e, por fim, a prevenção de conflitos e a inclusão social induzem à pacificação social, na qual impera o “princípio da solidariedade que rege a relação entre os cidadãos na mediação de conflitos em busca do interesse comum, ensejando a efetivação da paz social”, confirmando mais uma vez a sua importância dentro do Estado Democrático de Direito.⁶⁸

“A mediação se conserva afastada da atividade jurisdicional, de normas e regras inflexíveis de procedimento e das técnicas utilizadas na conciliação”, consoante afirmação de Petrônio Calmon. Gradativamente, ela vai se estruturando, possuindo mecanismos próprios, com técnicas e teorias, com princípios, tornando-se um mecanismo de grande interesse para vários doutrinadores.⁶⁹

A visão sobre o instituto da mediação a ser seguida, segundo a orientação de Dora Fried Schnitman, está na compreensão de que o seu procedimento, por meio de seus princípios de atuação, vai se concretizando como um mecanismo alternativo de acesso à justiça que busca a solução justa do problema, participando do bojo das reformas necessárias para a transformação política, jurídica e social.⁷⁰

⁶⁸SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 27-34.

⁶⁹CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.

⁷⁰SCHNITMAN, Dora Fried, **Novos paradigmas em mediação**. Tradução. MARCOS A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, pp. 185-186.

Os princípios que atuam na mediação, que definem as suas características e norteiam o seu procedimento, são observados nos dizeres de Petrônio Calmon⁷¹, como:

- 1) Da voluntariedade – as partes podem desistir da mediação a qualquer momento;
- 2) Do consentimento informado – as partes têm o direito de obter todos os esclarecimentos acerca dos procedimentos da mediação, consentindo os termos relativos aos acordos;
- 3) Do poder das partes – as partes são responsáveis em decidir os termos do acordo a serem pactuados;
- 4) Da imparcialidade – o comportamento do mediador deve ser totalmente neutro; e
- 5) Da confidencialidade - todas as informações que houver durante o procedimento devem ser mantidas em sigilo, salvo autorização das partes.

Enfim, além da observância dos princípios, para que a mediação obtenha sucesso e atenda aos anseios de quem a procura, conforme percebido nas posições de Maria de Nazareth Serpa, necessário se faz a presença do mediador, terceiro imparcial que auxilia o diálogo, a comunicação entre as partes, procurando criar um ambiente para que as partes possam se sentir a vontade, deixando fluir seus sentimentos, descontentamentos e angústias. Assim, como será demonstrado, torna-se indispensável comentar acerca do seu papel no procedimento da mediação.⁷²

⁷¹CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 122-124.

⁷²SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. pp. 221-228

3.2 O papel do mediador

Segundo as alegações de Juan Carlos Vezzulla:

O mediador tem em mente o comportamento ideal para a perfeita execução da sua função, evitando que as discussões entre as partes saiam do foco sobre o assunto em pauta, com o intuito de impedir que haja clima de nervosismo, durante o procedimento da sessão da mediação. Precisa ter o domínio de determinadas técnicas para que o seu trabalho no contato com as partes seja facilitado.⁷³

Para Zoraide Amaral de Souza, o mediador deve ter,

reconhecida trajetória ética, sensibilidade, facilidade de comunicação e credibilidade, assim como compreender e saber aplicar as etapas do processo de mediação, sabendo administrar habilidades como escutar, promover a harmonia entre as partes, conduzir interesses e necessidades, desenvolver ações, controlar a raiva, saber argumentar, saber reenfocar aspectos, romper barreiras, planejar estratégias, equilibrar poderes, redigir acordos e saber transformar funções.⁷⁴

O mediador não possui autoridade para a tomada de decisões sobre o conflito entre as partes, mas a sua autoridade está na confiança, na experiência, na credibilidade pessoal em manter o ambiente do procedimento da mediação em harmonia, e em que as partes percebam que o mediador transmite segurança naquele momento. Para Cristopher Moore, a autoridade se encontra de fato com as partes, são elas que detêm o poder de decisão.⁷⁵

Como bem salienta Lilia Maia de Moraes Sales, o mediador não poderá ter interesse em favorecer nenhuma das partes no conflito, pois não é o seu interesse que está em disputa, mas o interesse das partes, devendo atuar com discrição e ética. Essa posição de

⁷³VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed. Curitiba: IMAB, 1998, p. 50.

⁷⁴SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 69.

⁷⁵MOORE, Cristopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 30.

independência fará com que os atores do procedimento da mediação tenham confiança na sua atuação.⁷⁶

De acordo com o relacionamento entre o mediador e as partes envolvidas dentro de um contexto social e pelo fato da mediação ser praticada em culturas diferentes, o mediador, segundo Cristopher Moore, pode ser classificado em três classes: Na primeira classe encontra-se o mediador da rede social, aquele que mantém certa intimidade com as partes, sendo procurado por elas para conduzir o procedimento de mediação. Essa se assemelha com a mediação informal, pois o mediador é uma pessoa bastante envolvida com as partes.⁷⁷

Na segunda classe, o mediador é visto como uma pessoa de posição superior, poderosa e que possui habilidades suficientes para influir na decisão das partes, mas, na verdade, não toma decisões pelas partes. É chamado de mediador com autoridade, podendo ser benevolente, administrativo, gerencial e com interesse investido.⁷⁸

Como terceira classe, Cristopher Moore enfoca o mediador independente, no qual se verifica a aplicabilidade de dois princípios, ou seja, da imparcialidade e o da neutralidade do mediador. É visto por sua posição de independência relativa a qualquer das partes, não possuindo nenhum interesse pessoal no resultado do procedimento. Esse mediador é tido como justo e age como se fosse juiz.⁷⁹

⁷⁶SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

⁷⁷MOORE, Cristopher. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, pp. 49-50.

⁷⁸Ibidem, pp. 51-54.

⁷⁹Ibidem, p. 55.

Como observado, o mediador exerce a função de conseguir a negociação entre as partes objetivando o consenso. Para que isso ocorra, o mediador exerce papéis diferentes durante o procedimento da mediação, sendo que diversos fatores são exigidos para cada método adotado, pois não possui um modelo rígido de atuação.⁸⁰

Para desempenhar com sucesso o seu papel, segundo Petrônio Calmon:

O mediador há que se apresentar com neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.⁸¹

Para exercer a função de mediador não necessita de formação jurídica, de ser advogado. De acordo com Lília Maia de Moraes Sales, “insustentável, portanto, é a tese de que deve ser exigida formação jurídica para assumir a função de mediador”. O que importa é a devida qualificação do mediador, conforme se apreende nas posições adotadas pelos autores, acima mencionados.⁸²

Ressaltando ainda mais o papel do mediador, Christopher Moore relaciona determinados autores que defendem as posições que deve ter o mediador quanto a sua atuação em se concentrar no processo ou no conteúdo da negociação das partes. Stulberg, Kolb, Bellman e Phear⁸³ defendem que o mediador deve concentrar-se no procedimento, deixando o conteúdo sobre a responsabilidade das partes; alegam que as partes estão mais conscientes quanto aos fundamentos de sua lide, enquanto o mediador está orientado para o assessoramento processual. Tal comportamento é observado nas questões trabalhistas,

⁸⁰SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 221.

⁸¹CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

⁸²SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 86.

⁸³*Apud* MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 74.

ambientais e no âmbito do direito de família, em que a ajuda processual para que as partes resolvam o litígio existente é mais importante do que atacar os seus conteúdos.

Outros autores como Suskind, Saposnek e Coogler⁸⁴, afirmam que a posição a ser adotada pelo mediador, apesar de ser imparcial e neutro, é a de buscar adentrar na essência do conteúdo da disputa, no seu interior, visando obter um resultado satisfatório e justo para as partes em sua decisão, esse posicionamento também poderá ser observado no campo do direito de família.

3.3 As características e métodos do mediador

Segundo Petrônio Calmon, “o mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de idéias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes”. Ele deve proporcionar à mediação o seu grande trunfo em relação a outros mecanismos da autocomposição, ou seja, jamais emitir opinião para as partes envolvidas no conflito.⁸⁵

A principal característica do mediador é a compreensão sobre o homem, o ser humano. Nos dizeres de Lília Maia de Moraes Sales, “A vivência com seres humanos no dia-a-dia, buscando soluções para as controvérsias, discutindo, amadurecendo, traçando estratégias, resulta em maior possibilidade de compreensão mútua por parte do mediador”. O mediador deve estar sempre evoluindo no tempo, apreendendo com as experiências que os procedimentos da mediação lhes oferecem, contribuindo para que a mediação seja efetivamente um mecanismo alternativo democrático para a pacificação social dos conflitos.⁸⁶

⁸⁴Apud MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 75.

⁸⁵CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

⁸⁶SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89.

De acordo com os ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa, cada mediador, quando se encontra na sua plenitude como interventor na solução de conflitos, acumulando experiência, técnicas e habilidades com o procedimento da mediação, as quais lhe proporcionam aplicar diferentes métodos nesses procedimentos, atrai para si a confiança e a segurança das partes envolvidas na resolução das controvérsias. “A formação educacional do mediador, em conjunto com as suas habilidades, é essencial para a sua qualificação, contribuindo para a busca do consenso”.⁸⁷

Dentre os vários métodos e técnicas praticadas no procedimento da mediação, destaca-se a necessidade de se buscar métodos que sejam mais elaborados para que o sucesso da mediação seja alcançado. Petrônio Calmon apresenta dois métodos: primeiro o modelo ALCLAND⁸⁸, o qual alude à importância da integração entre o mediador e as partes, ou seja, reunião com as partes em conflito, estabelecendo uma preparação e estratégias para o procedimento, o mediador tem de intervir quando necessário, procurar incentivar as partes a se comunicar, a negociação tem de ter uma trajetória contínua, o mediador tem de proporcionar um clima favorável para que haja um denominador comum entre as partes sobre suas dúvidas, descobrir interesses não explícitos das partes, retirar os obstáculos existentes com idéias criativas de solução e apresentação de alternativas concretas para as partes decidirem sobre o acordo na solução do conflito.

⁸⁷SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, pp. 289-290.

⁸⁸*Apud* CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 132-133.

O segundo método, trazido por FOLBERG e TAYLOR⁸⁹ e citado por Petrônio Calmon, abrange várias etapas, nas quais existe uma verdadeira metodologia nos procedimentos que incluem a criação de confiança e estrutura, na qual serão analisados todos os aspectos do caso, apresentação das partes, discurso inicial do mediador, as posições de cada uma das partes, assinatura do contrato relativo ao serviço da mediação, bem como os honorários a serem contratados e, finalmente, a discussão sobre o plano de trabalho, a criação de opções de alternativas, em que serão avaliadas as necessidades das partes e de outras pessoas envolvidas no conflito, consequências para o futuro dos fatos ocorridos no passado, fazer um estudo geral sobre as implicações financeiras, legais e os problemas que poderão decorrer da opção escolhida pelas partes e as possibilidades de alteração nos critérios utilizados. As etapas seguintes são reservadas para a negociação, tomadas de decisões e elaboração de um plano.

O que se verifica, conforme está demonstrado neste trabalho, é que as opções sobre quais métodos e modelos a serem utilizados nos procedimentos e nas etapas da mediação encontram-se diversificadas para o mediador escolher e adotar. O essencial é que ele tenha a perspicácia de sentir, com o desenrolar do procedimento, qual o modelo que lhe será mais útil e frutífero na busca de uma solução harmônica que será decidida pelas partes no conflito, contribuindo ainda mais para que a mediação tenha como corolário a pacificação social para aqueles que, por meio de seus procedimentos, pretendem obter o acesso à justiça para a solução de seus conflitos, principalmente aquelas pessoas que não possuem recursos financeiros.

⁸⁹Apud CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133.

3.4 Procedimentos e etapas do processo da mediação

Para que haja a mediação, também é necessária a iniciativa das partes, que deverão procurar um terceiro imparcial para auxiliá-las. Para Christopher Moore, no momento em que ocorre a apresentação entre as partes e o mediador “será ressaltada a disposição e a motivação das partes em procurar a mediação com o objetivo de solucionar os seus conflitos e o sentido de colaboração que deve existir entre todos”.⁹⁰

Sendo assim, de acordo com os ensinamentos de Lília Maia de Moraes Sales, antes da sessão da mediação, existe a pré-mediação, ou seja, o momento preparatório, no qual são feitas entrevistas com as partes, o mediador explica a forma como proceder, as dúvidas quanto ao funcionamento da mediação, a cooperação que deve imperar durante todo o procedimento, a civilidade e o respeito mútuo que as partes deverão ter. Aqui, também, será esclarecido às partes o comportamento do mediador, suas particularidades, sua imparcialidade e sua neutralidade, e os conceitos gerais dos procedimentos relacionados a sua atuação no desenrolar da mediação.⁹¹

Nessa mesma linha de ensinamento, Maria de Nazareth Serpa ressalta que o momento preliminar da mediação é o estágio mais difícil para o mediador, pois pairam sobre as partes dúvidas, desconfiança e um pouco de resistência quanto ao sucesso desse procedimento, fazendo com que o mediador demonstre segurança e habilidade em explicar a validade, a credibilidade na solução do conflito que será decidido pelas próprias partes, que realmente o litígio será resolvido. O mediador, experiente, acostumado a lidar com várias

⁹⁰MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, pp. 172-173.

⁹¹SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70.

situações, terá com certeza a perspicácia do convencimento nos momentos de averiguação dos motivos nos debates com as partes envolvidas.⁹²

Para que haja êxito nos procedimentos de mediação, o local da sua realização é fundamental. De acordo com Petrônio Calmon:

Em primeiro lugar, deve ser um local neutro, de preferência o escritório do mediador. Esse local, evidentemente, não deve ser público, muito menos no mesmo edifício onde funcione algum órgão judiciário. As instalações devem ser apropriadas à especialidade do mediador, se houver.⁹³

É muito importante destacar que, nas etapas ou nos estágios da mediação, as características citadas em parágrafos anteriores acerca do papel do mediador devem ser intensamente e plenamente utilizadas nesses momentos.

Ilustrando mais sobre o procedimento da mediação, Calmon apresenta três etapas a serem utilizadas pelo mediador: a instalação, a negociação e o acordo. Na instalação ocorrem os esclarecimentos acerca do procedimento da mediação, seus objetivos, as expectativas proporcionadas, o papel do mediador, enfim, serão explicados os procedimentos necessários às partes. Na etapa da negociação, o foco principal será com base no diálogo entre as partes, desenvolvido com o auxílio do mediador, em que a busca do objeto da mediação deve ser um compromisso que formará a base da procura da solução para o conflito.⁹⁴

Por último, a etapa do acordo na qual será definido o objeto, o conteúdo, a forma a ser traçada para o cumprimento do acordo, bem como outros aspectos importantes

⁹²SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, pp. 178-182.

⁹³CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 131.

⁹⁴Ibidem, p. 131.

visando à elaboração do documento escrito sobre os termos da autocomposição, para que as partes possam fechar o acordo com segurança.⁹⁵

Desse modo, percebe-se que o mediador utiliza as etapas e os procedimentos da mediação de acordo com seu conhecimento, sua capacidade de discernimento, nos momentos que antecedem à mediação, bem como, durante o procedimento da mediação, sempre objetivando a solução do conflito e tendo em mente que o poder de decisão, de sua escolha como mediador, é das partes. Também é essencial que haja o interesse das partes e a crença no sucesso da mediação na solução de seus conflitos.

De acordo com Zoraide Amaral de Souza, no procedimento da mediação “o consentimento das partes é muito importante, pois não é possível a imposição por uma das partes à outra de determinado processo. É necessário que ambas estejam de acordo com o procedimento a ser implementado”.⁹⁶

Nota-se que o procedimento da mediação exige determinados detalhes para obter sucesso na solução dos conflitos. Tais requisitos, plenamente atendidos, colocam a mediação como um novo paradigma onde ocorre o ganha-ganha das partes e não o ganha-perde do poder judiciário, contribuindo assim para a pacificação social entre as pessoas.⁹⁷

Assim, mesmo não existindo uma legislação, isto é, regras e normas específicas para a mediação, e mesmo não havendo métodos definidos para o mediador, percebe-se que esse instituto tende a se tornar uma referência na resolução de conflitos, em

⁹⁵CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 131.

⁹⁶SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004, p. 77.

⁹⁷AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 111.

virtude de sua democratização e liberdade para com a participação das pessoas envolvidas no seu procedimento. Logicamente, não devem deixar de ser praticados e utilizados os outros mecanismos alternativos da autocomposição, bem como a arbitragem e a jurisdição estatal.

3.5 Vantagens e desvantagens da mediação frente a outros meios de solução de conflitos

Dentro do que se disse sobre o procedimento da mediação, é imprescindível destacar, de acordo com o artigo de Maria Rita Drummond, uma diferenciação entre as características da conciliação e da arbitragem com a mediação:

A conciliação e a arbitragem, ao contrário da mediação, têm como características o acordo de vontades, seja por concessões mútuas, como na conciliação, seja mediante a participação de um terceiro, escolhido de comum acordo pelas partes, sem vínculo com o Estado e encarregado de decidir o litígio. Já a mediação busca reunir as partes, esclarecendo os fatos e discutindo opções que atendam, da melhor forma possível, suas necessidades. O resultado alcançado tenta reconstruir, dentro do possível, o relacionamento entre as partes, ajudando estas a resolver suas disputas e administrar melhor seus conflitos.⁹⁸

Observa-se também, segundo as considerações de Sérgio Pinto Martins, uma diferença importante de procedimento da mediação em relação à arbitragem, isto é, “na mediação o mediador faz as propostas para a solução da controvérsia, ao passo que na arbitragem, o árbitro decide sobre o conflito, impondo uma solução à lide entre as partes”⁹⁹. Apesar de que na verdade o mediador auxilia as partes a procurarem soluções para o conflito.

Enfatizando ainda mais o instituto da mediação em relação aos outros meios de solução de conflitos, observam-se os ensinamentos de Juan Luis Colaiácovo, os quais alertam para a visão diferente que deve ser feita sobre a mediação, ou seja, que não se resume

⁹⁸DRUMMOND, Maria Rita. **Meios alternativos de solução de controvérsias e o acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1393/Meios-alternativos-de-solucao-de-controvérsias-e-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 15 mar. 2009.

⁹⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 779.

a um simples procedimento de solução de conflitos, mas “trata-se de instrumento no qual se fundamenta uma teoria das relações sociais, baseada na solução de problemas individuais e coletivos mediante a ativação de antagonismos latentes nos indivíduos”. De acordo com o mesmo autor, a cooperação, a participação e a solidariedade existentes entre as partes no procedimento da mediação formam o que pode ser chamada de a “cultura do diálogo”.¹⁰⁰

Corroborando com essa mesma linha de raciocínio, consoante os dizeres de Márcia Terezinha Gomes Amaral, uma das grandes vantagens encontradas na mediação é a solidariedade criada entre as partes do conflito, em que cada um é visto “como sujeito dos mesmos direitos, aprendendo a se colocar na posição do outro e a compreendê-lo”. Talvez a mais importante característica encontra-se na sua atuação como um instituto democrático, que permite o verdadeiro acesso à justiça, tendo um importante papel para a inclusão social dos menos favorecidos econômica e socialmente.¹⁰¹

Para Lília Maia de Moraes Sales, as vantagens da mediação podem ser observadas na celeridade que existe nos seus procedimentos, na satisfação das partes quando chegam ao acordo, na harmonia proporcionada entre as partes, no seu menor custo, na liberdade das partes de decidirem e concluírem os seus problemas com sentimento de colaboração, no caráter sigiloso dos seus procedimentos, na prevenção de futuros conflitos e na paz social que advém de suas decisões nas soluções dos conflitos.¹⁰²

Nessa mesma linha de ensinamento, destaca-se o posicionamento de Petrônio Calmon acerca da vantagem da mediação:

¹⁰⁰COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 70.

¹⁰¹AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 112-113.

¹⁰²SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 71-73.

Considerando, ainda, os aspectos próprios da mediação, que diferenciam esses mecanismos dos demais, ressalta-se sua grande vantagem em proporcionar a solução do relacionamento e não somente do problema emergente. Em outras palavras, na mediação abre-se a possibilidade de resolução da lide sociológica e não somente daquela que seria a lide jurídica. Não resolve somente a pretensão resistida, fixada em posições objetivas, mas pode proporcionar uma compatibilização dos interesses, em um resultado ganha-ganha, salutar para os envolvidos e para a sociedade.¹⁰³

Quanto às desvantagens do procedimento da mediação, as quais não são complexas, Lilia Maia de Moraes Sales salienta que elas podem ser aludidas em relação a não obrigatoriedade de ser cumprido o acordo – a não ser que haja homologação judicial – a necessidade da boa fé das partes envolvidas e a situação de que nem todos os conflitos podem ser prescindidos do poder judiciário.¹⁰⁴

De acordo com Calmon, a grande vantagem da jurisdição estatal se encontra em sua atividade completa, visto que:

A jurisdição é o meio ordinário de solução de conflitos por excelência, o único que se apresenta contemporaneamente como capaz de solucionar todas as situações de conflito que normalmente surgem na sociedade, promovendo não só a certificação do direito quanto a satisfação do direito declarado.¹⁰⁵

Para Sales as suas vantagens refletem-se na possibilidade de transformar em execução a decisão que não for cumprida, proporcionando maior segurança jurídica às partes em sua busca do direito, que é um fator preponderante para quem avoca a proteção do Estado. Existe um gosto de vitória e de conquista econômica.¹⁰⁶

Por outro lado, as desvantagens quanto ao processo judicial frente à mediação e dos outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, segundo os

¹⁰³CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 126.

¹⁰⁴SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 72.

¹⁰⁵CALMON, op. cit., p. 39.

¹⁰⁶SALES, op. cit., p. 71.

ensinamentos de Juan Luis Colaiácovo, estão em que “as partes na disputa são adversárias e as disputas se resolvem pela aplicação da lei apropriada”. Destaca, também, a carência de confiança que a jurisdição estatal desperta nas pessoas, fazendo com que procurem meios alternativos para a solução de seus conflitos. Embora ressalte que os meios alternativos não pretendem excluir o judiciário.¹⁰⁷

Complementando, Lilia Maia de Moraes Sales afirma que as desvantagens do judiciário estão em seu alto custo, sua morosidade, na quantidade de demandas existentes, na independência da escolha do juiz pela vontade das partes, no número insuficiente de magistrados e na sentença do pleito, que poderá ser bastante constrangedora para as partes, permitindo que as discórdias possam perpetuar por uma eternidade.¹⁰⁸

Do contexto acima referido, deduz-se que o instituto da mediação pode ampliar seu espaço como um meio de solução de conflitos existente dentro do Estado Democrático de Direito, sendo uma alternativa de escolha para que o cidadão tenha liberdade de saber qual o meio mais benéfico para resolver suas controvérsias, objetivando a inclusão social, a justiça social e a harmonia do seu relacionamento com o próximo.

Ainda, em virtude dos vários obstáculos que existem no poder judiciário e por esse não acompanhar a revolução que ocorre nos dias de hoje quanto ao comportamento das pessoas na sociedade, a mediação pode ser uma alternativa como um instituto de solução de conflitos que auxilia a justiça.

¹⁰⁷COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 62-63.

¹⁰⁸SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 71.

Por fim, além de tudo o que foi dito, verifica-se que, em função dos resultados com efeitos positivos sobre a utilização dos mecanismos da autocomposição, em especial, as várias experiências realizadas sobre o instituto da mediação em diversos segmentos que causaram transformações nos hábitos e na cultura das pessoas em relação ao acesso à justiça, a mediação realmente encontra-se em uma posição privilegiada nesse contexto, pois, com os seus princípios e por meio de seus procedimentos, criam-se oportunidades e alternativas para os indivíduos exercerem democraticamente e verdadeiramente sua cidadania na solução de seus conflitos.

3.6 Experiências e áreas de atuação da mediação no Brasil

No Brasil se constata, nos últimos anos, a presença de interesses significativos de parcelas da sociedade em utilizar o instituto da mediação, existindo vários projetos desenvolvidos com o objetivo de desafogar as ações judiciais e criar alternativas rápidas e eficientes para a solução de conflitos. Têm-se a justiça comunitária, os projetos dos Tribunais de Justiça, as parcerias feitas com várias universidades brasileiras, enfim, vislumbra-se um potencial aumento da utilização dos mecanismos da autocomposição para a solução de conflitos, notadamente o uso da mediação.

De acordo com as considerações de Lília Maia de Moraes Sales:

Em virtude da crise existencial em nossa sociedade, principalmente em relação ao acesso à justiça das pessoas carentes, surge a mediação comunitária a qual possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz.¹⁰⁹

Cita como exemplo, para demonstrar o estágio do instituto da mediação,

¹⁰⁹SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 182-187.

a experiência do estudo de caso baseado na Casa de Mediação Comunitária do Estado do Ceará, criada dentro dos bairros periféricos, objetivando a solução de litígios individuais ou coletivos, onde as pessoas procuram o auxílio da Casa de Mediação com a intenção de começar o procedimento, bem como, de obter esclarecimentos acerca do mesmo. Os conflitos são relacionados com os moradores dos próprios bairros, pessoas da mesma classe social, com as condições de vida semelhantes, situação imprescindível para uma solução justa. Esta igualdade possibilita um resultado favorável para os conflitos, pois tem o mesmo discurso, a mesma linguagem, o mesmo conhecimento do assunto, facilitando o debate entre as partes.¹¹⁰

Outra particularidade dessa experiência refere-se

ao terceiro que é um membro da própria comunidade, treinado para exercer a função de mediador de conflitos. O fato de o mediador ser um membro da própria comunidade é de suma importância, pois ele conhece profundamente os problemas vividos pelas pessoas do bairro, incorporando a confiança de todos. Geralmente este mediador é uma pessoa mais instruída, contribuindo para que possa conhecer melhor este mecanismo. Sua participação é voluntária e respaldada pelo Código de Ética do Mediador.¹¹¹

Observa-se que o sucesso decorrente do procedimento da mediação nessa experiência do Ceará origina-se da premissa de que as pessoas envolvidas, ou seja, as partes possuem as mesmas condições sociais, econômicas e políticas, os mesmos discursos, impedindo-se o favorecimento de uma parte sobre a outra, o que ocorre quando existe a desigualdade. Outros fatores importantes são a transparência dos atos realizados e que as soluções encontradas para os conflitos são verdadeiramente democráticas.

Segundo o relato de Márcia Terezinha Gomes Amaral:

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por sua própria iniciativa, criou o Projeto Justiça Comunitária, em 18 de outubro de 2008, em parceria com o Ministério Público do DF, a Defensoria Pública do DF, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção DF e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - Unb, em convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, tendo como objetivo estimular a comunidade a desenvolver mecanismos próprios de resolução de conflitos, por meio da atividade de mediadores. A seguir, a Portaria nº 739,

¹¹⁰SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 182-187.

¹¹¹Ibidem, p. 183.

de 31 de outubro de 2000 (publicada no DJ de 08.11.2000), dispôs sobre a composição do Conselho Consultivo.¹¹²

Ainda sobre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), em função do aumento do número de processos e da maior participação da população no acesso à justiça, por meio da Resolução n. 2, de 22 de março de 2002, foi instituído o Programa de Estímulo à Mediação como programa de acesso complementar para a solução de conflitos para as pessoas do Distrito Federal:

Constitui-se em uma ação específica do tribunal para a implantação e utilização de mecanismos alternativos de resolução de disputa no processo judicial. Tem por objetivos aumentar o poder de decisão das partes sobre possíveis soluções para as suas próprias lides, através do incentivo da utilização da técnica da mediação nos procedimentos judiciais, ampliando a possibilidade da solução de conflitos com a conseqüente pacificação das partes, possibilitando uma significativa diminuição do tempo de espera da tramitação do processo e diminuição do volume de processos em tramitação nas Varas Cíveis e de Família.¹¹³

Iniciativas como essa angariaram respeito e reconhecimento das comunidades como uma solução alternativa para a democratização do acesso à justiça, despertando curiosidade de outros órgãos do poder judiciário no Brasil.

Houve também tentativas de implantar a mediação paraprocessual, como por exemplo, o Projeto de Lei n. 4.827/98, oriundo da Câmara dos Deputados, com o objetivo de desafogar os tribunais dos excessos de demandas judiciais, promovendo uma nova visão de justiça, determinando se a mediação será judicial ou extrajudicial. No art. 1º estabelece que “a mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”.

¹¹²AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 147.

¹¹³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Resolução n. 2, de 22 de março de 2002. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp> Acesso em: 24 jul. 2009.

No Uniceub, a prática da mediação é uma realidade e vem alcançando sucesso por meio do seu Núcleo de Prática Jurídica, em que a Câmara de Mediação (CAMED) atende várias pessoas interessadas em conhecer e resolver suas lides pacificamente. Por meio de uma equipe de professores competentes e com a colaboração de estagiários do curso de direito, a CAMED participa ativamente da vida das comunidades do Distrito Federal, contribuindo para a pacificação e inclusão social dos mais necessitados.

A Câmara de Mediação e Arbitragem do Estado de Pernambuco (CEMAPE), um projeto inovador, apresenta situações nas quais pode ser utilizado esse método, ou seja, na área de família: separação, divórcio, revisão de pensão, guarda, adoção; na área empresarial; na área civil: sucessão, inventário, partilha; e na área comercial: títulos de créditos, comércio interno, internacional e o Mercosul. Destaca Lília Maia de Moraes Sales que “na área dos direitos trabalhistas verifica-se maior incidência da mediação, pois a legislação brasileira criou dispositivos na Lei nº 9.958/00, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho, ratificando a utilização da mediação nos conflitos trabalhistas”.¹¹⁴

Por último, pode-se destacar alguns projetos de mediação popular que são realizados no Brasil, tais como: o Balcão de Direitos, desenvolvido pela Defensoria Pública e a Secretaria Especial de Direitos Humanos; o Serviço de Mediação Familiar de Santa Catarina; a Justiça Cidadã, em Recife, desenvolvida em parceria com Gabinete de Assessoria Jurídica e as organizações Populares (GAJOP), há também o programa dos Agentes da Paz relativo aos jovens na prevenção da violência e a garantia dos direitos humanos; na Bahia, tem a Juspopuli Escritório de Direitos Humanos que é uma organização não governamental, atuando por meio dos Escritórios Populares de Mediação; em Brasília existe o Centro Vida &

¹¹⁴SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 53-60.

Juventude que trabalha com jovens e lideranças comunitárias; no Estado da Bahia, também existe a Associação de Advogados dos Trabalhadores Rurais (AATR) e, finalizando, existe o Manual de Mediação Familiar Transdisciplinar, que surgiu como um resultado de pesquisa promovida pela ONG Pró-Mulher, Família e Cidadania (PMFC). Não se pode deixar de salientar que, em vários escritórios de advocacia em São Paulo, principalmente na área empresarial, utiliza-se o procedimento da mediação na solução de conflitos.¹¹⁵

Desse modo, em virtude das experiências analisadas, podem-se perceber mudanças nas atitudes das pessoas em relação à solução de seus conflitos, principalmente para os mais carentes, provocando uma verdadeira revolução jurídica em nossa sociedade. Para que estas mudanças se manifestem constantemente, é necessária e de fundamental importância a participação de todos os segmentos, principalmente dos advogados, na sua visão em relação às soluções litigiosas dos conflitos, pois, no procedimento da mediação, também podem ser auferidos os honorários advocatícios, bem como desponta excelente oportunidade de diversificação de seu campo de trabalho. Não esquecendo que estará sendo prestado um grande serviço ao poder judiciário, pois será desafogado o acúmulo dos processos emperrados nos tribunais.

3.7 O advogado e a cultura da mediação

A educação sobre a mediação para os advogados no Brasil é, nos dias de hoje, um compromisso em face da realidade social. Segundo os dizeres de Maria de Serpa:

Quanto mais e melhor ela se der, mais proveito tira a sociedade dessa forma de resolução de disputas. A experiência de países, onde a mediação está desenvolvida, revela que somente a educação, que inclua técnicas e

¹¹⁵BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Módulo IX – Experiências de Mediação Popular no Brasil. ITS Brasil. Disponível <<http://www.takingitglobal.org/images/resources/tool/docs/2373.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2009.

treinamento, permite ao advogado identificar e ultrapassar determinadas situações e posições existentes no contexto do mediador.¹¹⁶

Na visão de Juan Luis Colaiácovo:

Falta ao advogado a familiaridade junto aos procedimentos da mediação por várias razões: a preocupação com o desconhecido, a convivência com a incerteza sobre a existência ou não dos seus honorários advocatícios e com o controle sobre procedimento; a visão distorcida de sua função com a de um simples litigante, a sua formação universitária com base no processo litigioso e a falta de disciplinas relativas ao tema em suas faculdades, proporcionando um cenário de incompreensão e insegurança jurídica para com a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos.¹¹⁷

Aliás, a falta de educação nas faculdades sobre a mediação é, nos últimos anos, um dos principais problemas que acarretam a falta de familiaridade dos advogados com esse instituto, causando um preconceito sobre o assunto. De acordo com os ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa, os advogados teriam um grande campo de atuação, devido a sua formação jurídica e obtendo o treinamento e aprendizagem sobre o procedimento da mediação. Na compreensão da autora, “no sistema adversarial, um indivíduo só consegue satisfação, numa disputa, se se sobrepõe ao outro. O advogado mediador faz com que os indivíduos se entendam, se acomodem e, com isso, a sociedade ganha”.¹¹⁸

Embora sua formação acadêmica seja em função das causas litigiosas relacionadas ao judiciário, passando uma visão de que a solução dos conflitos só possa ocorrer por meio do confronto entre as partes, o advogado, por natureza, exerce uma função negociadora e age como um mediador informal. Com certeza existem advogados interessados

¹¹⁶SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, pp. 297-298

¹¹⁷COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática**. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 63-74.

¹¹⁸SERPA, op. cit., pp. 301-303.

em resolver os conflitos por meio de uma solução amigável e pacífica para as partes, indo ao tribunal somente quando não há mais possibilidade de acordo.¹¹⁹

Corroborando com o entendimento sobre a relação do advogado com a mediação, têm-se as considerações de Petrônio Calmon, “de que as técnicas usadas nos mecanismos para obtenção da autocomposição não são jurídicas, pois dizem mais em relação ao conhecimento do relacionamento humano do que aos códigos e leis”, mas em relação às partes, a segurança jurídica de ter um mediador que entenda das leis, será bem mais satisfatória na resolução do acordo, pois terão a certeza de que não voltaram mais a conviver com o conflito existente. Para o autor:

Assim como o advogado é indispensável à administração da justiça judicial, há de ser, igualmente, indispensável à justiça extrajudicial. Assim como o advogado é indispensável à administração da justiça heterocompositiva, há de ser, igualmente indispensável à justiça autocompositiva.¹²⁰

No Brasil, a Advocacia Geral da União (AGU) vem adotando a mediação como o instrumento de solução de conflitos, evitando, assim, o acúmulo de processos judiciais e processos administrativos junto a União. Para o atual Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, o advogado precisa ter a cultura da mediação, conforme demonstra em suas palavras:

Infelizmente as faculdades formam o advogado para o litígio, para entrar com a ação na Justiça. Precisamos formar o profissional do direito para a mediação e para a solução. É necessário que o advogado tenha a idéia de que a primeira função dele é tentar resolver, junto ao cliente e ao adversário. Quando o advogado do cliente de um advogado privado é o setor público, ele deve procurar as instituições públicas e resolver administrativamente. Se não conseguir, deve procurar a AGU – um órgão de Estado que presta

¹¹⁹COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 62-63.

¹²⁰CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 331-332.

assessoramento jurídico para os órgãos públicos federais. Só em última hipótese, deve levar uma causa ao judiciário.¹²¹

Desse modo, a cultura litigiosa existente entre os profissionais do direito em nossa sociedade deve ser repensada em favor da cultura não adversarial da mediação. Deve-se preocupar que nem só de litígio vive a advocacia, pois resolver os conflitos entre os litigantes de forma pacífica e consensual, por meios alternativos, em especial a mediação, evitando que tenham atritos no futuro, será o norte dos advogados nos dias de hoje e vindouros, sendo também uma área de trabalho promissora.

Complementando, a mudança de postura do advogado em relação à cultura da mediação desafogará o judiciário, haja vista a enorme quantidade de processos que deixarão de ser julgados pela magistratura, contribuindo de maneira relevante para um trabalho mais produtivo e célere da jurisdição estatal e para a pacificação social dos conflitos.

Enfim, o advogado deve adotar como sua conduta no relacionamento com as partes na solução de conflitos e ter sempre como postura o que o Código de Ética e Disciplina da OAB de 1995 estabelece como sendo dever dos advogados, em seu art. 2º, parágrafo único, VI: “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios”.

¹²¹TOFFOLI, José Antonio Dias. O advogado precisa adotar a cultura da mediação. Entrevista. Voz do Advogado. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: Seccional do Distrito Federal, n. 12, fev. de 2009, p. 8.

CONCLUSÃO

As necessidades de uma nova política e de um mecanismo alternativo democrático para o acesso à justiça na solução de conflitos, principalmente no que se refere aos obstáculos encontrados pelos mais necessitados, são claramente demonstrados no desenvolvimento deste trabalho de monografia.

Inicialmente, objetivando identificar as razões para se adotar o procedimento da mediação na solução de conflitos, analisou-se os aspectos relativos às situações de conflitos entre as pessoas e a possibilidade de solucionar esses conflitos, tanto pela busca da proteção e tutela do Estado, como por mecanismos alternativos. Depois foram percorridos caminhos que possibilitaram observar os obstáculos quanto à efetividade do acesso à justiça na solução de controvérsias e a crise do Estado para atender essa demanda crescente de busca pelas soluções judiciais e no acúmulo de processos que retardam os julgamentos.

Em seguida, ao analisar individualmente os mecanismos alternativos, evidenciou-se o tema desta pesquisa, ou seja, o procedimento da mediação, com abordagens interessantes e abrangentes, em que foram traçadas sua finalidade, seus princípios, suas características e sua atuação para a inclusão social dos mais necessitados por meio do acesso à justiça. Mas, para que fosse possível o sucesso desse instituto, destacou-se a importância do mediador como um terceiro imparcial, que tem o papel de aproximar as partes no conflito, de ajudar a chegar a um acordo definitivo e solucionado, não havendo perspectivas de atritos no futuro, reafirmando a função de pacificação social da mediação.

E, ainda, para ratificar a importância da mediação, foram relatadas as experiências realizadas no Brasil, nas quais, teve-se a certeza do espaço que está sendo ocupado por este instituto e, a cada dia que se passa, verifica-se o engajamento dos tribunais de justiça, das universidades e de vários órgãos, com projetos criados para solução de conflitos das comunidades, na divulgação da utilização do procedimento da mediação.

Com isso depreendeu-se que, pelos obstáculos e pela ineficiência em que se encontra o atual estágio da prestação jurisdicional pelo Estado, é necessário o fortalecimento da prática desse mecanismo alternativo para o acesso à justiça, ampliando sua utilização, o que contribui democraticamente para a inclusão social das pessoas com menos recursos.

Por outro lado, a participação dos advogados na prática da mediação, norteando as partes quanto aos seus direitos, permitindo-as resolver suas lides com liberdade por meio do diálogo, da transparência dos seus atos, de sua confidencialidade e sua celeridade, no intuito de prevenir a instauração de litígios e o surgimento de novas controvérsias no futuro, fará com que a mediação – nascida em função das experiências participativas – tenha um papel fundamental nas transformações sociais, políticas e econômicas, trazendo consigo a perspectiva de uma nova realidade que contribuirá para mudar o quadro atual, consolidando-se como um instituto democrático para a pacificação social.

Dessa forma, a mediação, tendo como suporte os princípios basilares da voluntariedade, do consentimento informado, do poder das partes, da imparcialidade e da confidencialidade, e a presença do mediador, como terceiro imparcial, apresenta-se sim como alternativa eficiente à resolução de conflitos, mas para que seja consagrada democraticamente

para a pacificação social e atinja seu foco principal, ou seja, de solucionar e de prevenir novas controvérsias para o futuro, terá de se pautar nos seus princípios, na faculdade proporcionada às partes para concluírem livremente a solução de seus problemas e na afirmação de sua credibilidade como instituto participativo ao acesso à justiça, sem desejar mitigar os demais mecanismos existentes, nem servir de instrumento para substituir o poder judiciário.

Por último, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em “Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamentos os princípios da soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. Portanto, conclui-se que a democracia, por ser a participação da maioria nas decisões políticas, não aceita um regime democrático em que algumas pessoas sejam excluídas de nossa sociedade e que, em virtude das injustiças e das desigualdades econômicas, não possam ter a oportunidade da liberdade e da igualdade de direitos na busca de soluções para os problemas que porventura vierem a ter, principalmente o acesso à justiça na resolução de seus conflitos. Os princípios, em especial, os contidos no procedimento da mediação, devem ser interpretados em função de justiça e do bem estar social, sobrepondo-se às determinações das leis.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ARGENTINA. Lei n. 24.573, de 24 de outubro de 1995. Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.454, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9958.htm>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina de 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/comissoes/cnaai/users/sc1/1206985196182271.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.827 de 1998. Em tramitação do Congresso Nacional. Autoria: Deputada Federal Zulaiê Cobra. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/downmed/pl4827.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2009.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Módulo IX – Experiências de Mediação Popular no Brasil. ITS Brasil. Disponível <<http://www.takingitglobal.org/images/resources/tool/docs/2373.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2009.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem**: teoria e prática. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DRUMMOND, Maria Rita. **Meios alternativos de solução de controvérsias e o acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1393/Meios-alternativos-de-solucao-de-controversias-e-o-acesso-a-justica>> Acesso em: 15 mar. 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 67.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **MESC: uma visão geral de conceitos e aplicações práticas**. Brasília: CBMAE, 2003.

MOORE, Cristopher. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SLAIKEU, Karl A. **No final das contas**: um manual prático para a mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem, conciliação e mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2160-MC/DF, Relator: Octávio Gallotti. Julgado em: 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm>>. Acesso em: 10 set. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOFFOLI, José Antonio Dias. O advogado precisa adotar a cultura da mediação. Entrevista. Voz do Advogado. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: Seccional do Distrito Federal, n. 12, fev. de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Resolução n. 2, de 22 de março de 2002. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp> Acesso em: 24 jul. 2009.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed. Curitiba: IMAB, 1998.